

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

DERECHO DE DAÑOS.¹

I. PRESENTACIÓN.

La responsabilidad civil extracontractual es, de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico, una fuente de obligaciones. Vamos a empezar haciendo una introducción a este tema, intentando constatar las principales tendencias modernas de la doctrina sobre la responsabilidad civil, para caer finalmente en el tratamiento positivo que nuestra legislación le otorga, dentro de una estructura dualista.

II. ESQUEMA PREVIO.

1. Hitos de la tendencia moderna:

- a. Cambio desde el agente a la reparación.
- b. Criterios objetivos de atribución.
- c. Daño a ser indemnizado.
- d. Unificación de la responsabilidad civil. (acción u omisión; antijuridicidad; culpa; daño; causalidad)
- e. Responsabilidad del Estado.
- f. Prevención.

2. Relación entre responsabilidad civil y fuente de las obligaciones. Clasificación de las fuentes según Hernández Gil.

- a. voluntad + normas legales.
- b. normas legales + presupuesto.
- c. normas legales - presupuesto.

3. Tratamiento positivo de la responsabilidad civil en nuestra legislación.

III. INTRODUCCIÓN.

La responsabilidad civil, como la conocemos hoy en día, es relativamente moderna. Así

¹ Texto preparado por Alejandra Aguad, profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

Fernando de Trazegnies se refiere a la responsabilidad civil extracontractual, que luego hace extensiva a las formas de responsabilidad civil, en los siguientes términos:

“No porque la necesidad de viviendas haya existido siempre podemos decir que los rascacielos han existido también siempre, mediante el recurso retórico de considerarlos como meras variantes verticales de las cavernas prehistóricas. Citando al cronista Juan de Mateizo, de Trazegnies agrega: “Llaman los naturales a las ovejas, llamas..... Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga, tira su pescuezo y talle a camello. Las cabezas son largas...”, pero a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla de “características especiales”. Concluye de Trazegnies que “En Derecho hay muchas llamas que pasan por ovejas romanas”.

Lo que nos quiere decir el autor es que la responsabilidad extracontractual y las formas de responsabilidad civil en general, tal como la conocemos hoy en día, constituye una solución nueva para un problema viejo. Es decir, no tratemos de buscar en soluciones clásicas el tratamiento de una situación que a pesar de que nos suena conocida ya desde el derecho romano, es sin embargo un animal nuevo, que ha evolucionado junto con nosotros en una dinámica interactiva y compleja.

Esta construcción moderna de la responsabilidad civil es uno de los temas que más ha evolucionado en los últimos 300 años y especialmente en los últimos 100 años.

Parece que es necesario tener presente algo que los autores unánimemente señalan cuando se refieren a este auge. Esto es, la constatación de un fenómeno social muy simple y que consiste en la creciente proximidad entre las personas y el desarrollo que ha tenido la humanidad desde la revolución industrial, que se ha traducido en una sociedad cada día más tecnificada y riesgosa. Esto significa, necesariamente que al estar tan cerca unos de otros, estamos, por lo mismo, más expuestos que nunca a sufrir algún perjuicio, o bien a obrar siempre con algún grado de riesgo, tanto desde el punto de vista del incumplimiento contractual como por situaciones ajenas a los contratos.

Como consecuencia de la revolución industrial, del maquinismo, de la transformación de las condiciones de vida, del aumento y perfeccionamiento de los medios de locomoción, de la elaboración de productos en masa, de los accidentes del trabajo, del creciente desarrollo del tráfico jurídico, la teoría clásica de la culpa se ha vuelto imprecisa e insuficiente, por la imposibilidad de saber en el hecho si era posible o no prever y evitar el daño.

Algunos autores con alguna exageración llaman a esto la “Era del Daño”

Así, por ejemplo, la reclamación en contra de la mala praxis en las profesiones liberales es un fenómeno contemporáneo, y en general podemos decir que desde el derecho romano, en el que se regulaban casuísticamente los efectos de los contratos y de sus incumplimientos, a la conocida *lex aquilia* (responsabilidad extracontractual, ley *aquilia*) que partía casuísticamente con los supuestos de matar esclavos o reses, nos encontramos con situaciones en la actualidad, que dado el tráfico jurídico hacen que este fenómeno se extienda a todo tipo de situaciones y supuestos impredecibles.

A. Hitos de la tendencia moderna:

Podemos fijar de esta manera algunos hitos para los efectos de tratar de ver los contornos actuales de la responsabilidad civil en la doctrina:

1. Cambio desde el agente a la reparación.

Es tendencia moderna en la actualidad el modificar el punto de vista. Ya no interesa tanto el punto de vista de la mirada del autor del daño. La mirada de las modernas tendencias en materia de responsabilidad civil se interesa por la víctima a quien se busca reparar respecto del sufrimiento. Obviamente me refiero a la responsabilidad civil y no a la penal.

El Derecho, en consecuencia, pretende modificar el ángulo. En el sentido de que la tendencia es a dejar de buscar al responsable y preocuparse más bien del daño a ser indemnizado.

Esto es lo que abre la puerta a los factores objetivos de atribución de responsabilidad, olvidándose del viejo aforismo de que no hay responsabilidad civil sin culpa. Lo que en verdad importa es que no hay responsabilidad civil sin daño.

En consecuencia, nos encontramos más bien con un criterio de atribución, que con un criterio de culpabilidad, en el que el hombre es responsable por los riesgos que el mismo ha creado. En suma, existe una marcada tendencia a olvidar esa especie de fatalismo con que las víctimas se resignaban a cargar por sí solas con el daño, cuando este provenía de un acto irreprochable de un tercero. Ya veremos cómo esto no ha sido recogido en nuestra legislación, sino sólo muy parcialmente. Por ejemplo, en la responsabilidad por accidentes nucleares, en los que no se atiende a la culpa del agente sino al daño causado. Cabe advertir que esta tendencia de atribuir responsabilidad por el riesgo creado ha sido mayormente desarrollada en materia de responsabilidad de la empresa.

2. Criterios objetivos de atribución.

Como consecuencia de lo anterior, esto es, el cambio de la óptica dirigida hacia la víctima, se ha generado un creciente desplazamiento de la culpa, como la estructura fundante subjetiva dentro de la responsabilidad civil del derecho clásico, para pasar a compartir su sitial con atribuciones de tipo objetivo, incluyendo la teoría de la objetivación de la culpa que viene a invertir la carga de la prueba en materia de responsabilidad.

Enneccerus señalaba que constituía una aspiración en la evolución del derecho moderno que en general el hombre responda de todo daño, incluso el no culpable, que traiga tras de sí su acto, esto es, que responda aunque haya ejecutado un acto con prudencia y sin posibilidad de prever el resultado dañoso.

Esto por cierto se opone con la concepción tradicional en materia de responsabilidad civil que sólo obliga a indemnizar los daños causados culpablemente, como es recogido en términos generales por nuestra legislación.

Lo que importa en la actualidad es un criterio normativo de imputación. Ejemplos de esto lo encontramos en la ley de tránsito (particularmente en la nueva ley de tránsito), en que por actuar riesgosamente se le hace responsable del daño, aunque haya obrado con la mayor diligencia. Lo mismo, respecto de la manipulación de sustancias nucleares.

3. Daño a ser indemnizado.

Otro hito importante en el cambio de la concepción de la responsabilidad civil se manifiesta con respecto al daño, el cual se ha transformado en el eje de la responsabilidad civil, donde ha sufrido una interesante evolución en cuanto a los aspectos a ser indemnizados, otorgándosele mayor extensión.

Ejemplo de esto importa la creciente extensión de la indemnización de los llamados daños colectivos o daños a intereses difusos, que incide en una colectividad y cuyos miembros lo soportan como parte del grupo.

En otras palabras, el daño, en algunos casos, ha perdido su carácter individual, ya sea en su sentido abstracto o subjetivo (basado fundamentalmente en la diferencia entre el patrimonio perjudicado antes y después del menoscabo a indemnizar) o concreto (que atiende al menoscabo que el perjudicado haya realmente sufrido) y ha pasado a ser social. El daño social se traduce en la influencia del suceso dañoso sobre terceros que no han participado en los

sucesos o no han sido partes en la contratación, lo que le da cierto carácter supraindividual. Siempre habrá daño social cuando existan intereses colectivos o supraindividuales menoscabados.

Típicos ejemplos de estos son la protección al medio ambiente (como cuando se derrama petróleo de un buque) y en la protección del derecho de los consumidores.

En cuanto a las consecuencias que la extensión del daño trae a la sociedad moderna podemos señalar la gran potencialidad destructiva que ésta ofrece. Basta pensar en la energía nuclear para darse cuenta que también el daño ha sufrido una evolución en cuanto a su intensidad o magnitud.

4. *Unificación de la responsabilidad civil.*

Otro punto en el cual ha habido modificación significativa en materia de responsabilidad civil es la tendencia a la unificación de la responsabilidad civil, que tradicionalmente se ha dividido en dos compartimentos estancos (separados, que no se comunican), la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

La tendencia moderna es que nos encontremos cada vez más cerca de una teoría general de la responsabilidad civil.

La doctrina moderna señala que básicamente existen elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad y que de consecuencia conviene abandonar las distinciones arbitrarias. Así por ejemplo, Santos Briz señala como elementos comunes:

- a) La acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito.
- b) La antijuridicidad de la misma y causas que la excluyen
- c) La culpa del agente (factor de atribución).
- d) La producción de un daño
- e) Relación causal entre la acción u omisión y el daño.

Sin perjuicio de esta tendencia unificadora, también aparecen estatutos especiales de responsabilidad civil que reflejan determinadas parcelas del derecho de daños, por ejemplo el tratamiento que se le ha dado a los accidentes de aviación, accidentes nucleares, responsabilidad por accidentes del trabajo, todos ejemplos que en nuestra legislación han sido recogidos en leyes especiales.

5. *Responsabilidad del Estado.*

Otro tema que aparece sumamente relevante en lo que significan las tendencias actuales de responsabilidad civil dice relación con la responsabilidad del Estado. La tendencia actual importa hacer extensiva la responsabilidad del Estado por accionar aún dentro de su competencia si en el daño causado existe una causal de atribución legítima y establecida en la ley. Así por ejemplo, si el Estado aún dentro de su actuar lícito ocasiona un daño, la tendencia actual sostiene que ese daño debe ser igualmente indemnizado (Como ejemplo de esto puede citarse la situación de los distribuidores pesqueros que en los casos de marea roja se ven expuestos a medidas preventivas de confiscación y destrucción de alimentos, situaciones en las el Estado actuando dentro de su ámbito de atribución y competencia, sacrifica un interés esencialmente patrimonial que puede ser particular o colectivo, en función de un interés social que estima preponderante, cual es la salud, integridad física de las personas y medio ambiente. La existencia de un interés preponderante, al igual que en lo estados de necesidad, pueden justificar el sacrificio del interés en conflicto, pero ello no elimina la existencia del daño, y la necesidad de reparación.)

Como resultado de todo lo anterior, existe una marcada tendencia a asegurar en todo caso la protección de la víctima del daño. En lo posible se pretende que esta indemnización provenga de fuentes colectivas, esto es lo que se denomina la socialización del daño o socialización de los riesgos. Al respecto se han planteado muchos mecanismos que podremos ver más adelante con detención, como por ejemplo a través de la seguridad social o de los seguros de responsabilidad civil, etc.

6. *Prevención.*

Otro punto interesante dentro de las tendencias modernas en torno a la responsabilidad civil es la función de prevención que se le atribuye.

Se estimaba, en el sistema clásico, que la prevención por culpa era la forma de prevención más eficiente.

Los estudiosos de la tendencia llamada “Análisis Económico del Derecho” han estudiado con detalle la función preventiva de la responsabilidad civil, dentro de los fines de la misma. Especialmente Calabresi en su estudio sobre los costes de los accidentes los incluye dentro de las funciones de la responsabilidad civil, concluyendo que la culpa no es lo eficiente que se pensaba para los efectos de reducir los daños o prevenir los accidentes sino que hay otras múltiples formas de efectuarlo, como por ejemplo, prohibiendo actos específicos (prohibiendo

desde ya el ejercicio de actos potencialmente riesgosos, como por ejemplo, el porte de arma de fuego) o bien encareciendo el ejercicio de estos actos (como por ejemplo gravando con altos impuestos a industrias contaminantes).

Recapitulando, las tendencias modernas sitúan el eje de la responsabilidad civil en la reparación del daño, introduciendo criterios objetivos de atribución e imputabilidad, extendiendo el daño a ser indemnizado, ya sea por la vía de la constatación de los intereses colectivos, ya sea por la vía de la potencialidad destructiva de ciertos actos en la sociedad moderna, y unificando el tratamiento de la responsabilidad civil sobre la base de los elementos comunes.

De todo lo anterior podemos tratar de desprender que más que lo que ha sido tradicionalmente conocido como responsabilidad civil debemos centrarnos respecto de aquella parte del estudio del derecho que se preocupa de la reparación y concretamente de la responsabilidad por la reparación del daño injusto.

B. Relación entre responsabilidad civil y fuente de las obligaciones.

En consecuencia, y de este planteamiento nos vamos a enfrentar con lo que estimamos es la unidad en el fenómeno de reparación del daño, unidad que por cierto se opone en gran medida al tratamiento que efectúa nuestra legislación sobre el tema, la cual está imbuida por la tesis dualista, que separa la responsabilidad en contractual y extracontractual.

De hecho las fuentes de las obligaciones en nuestra legislación, están permanentemente en un contrapunto entre lo que es responsabilidad emanada del contrato y responsabilidad emanada de un hecho ilícito no contractual.

El Código Civil Chileno, cuando establece las fuentes de las obligaciones, toma la tradición romano francesa directamente en el artículo 1437, al establecer que las obligaciones nacen ya del concurso real de voluntades (léase para estos efectos el contrato), ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, y que cuando éste es ilícito es un delito o cuasidelito, clasificación que es repetida en el artículo 2284 del Código Civil, en el que se vuelve a producir el contrapunto entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. (leer)

Demás está señalar que esta enumeración de las fuentes no importa un análisis exhaustivo de las mismas, ni obedece a ningún criterio científico para su clasificación, (es tomada de las fuentes justinianas) donde pueden ser incluidas otras que a su turno también pueden ser fuente de responsabilidad civil, por ejemplo, la declaración unilateral de la voluntad cuya

transgresión pueda traer consecuencias dañosas. (oferta)

Sin embargo, y desde el punto de vista de la primacía en materia de voluntad, o de voluntariedad respecto de los hechos y actos jurídicos que inspira nuestro código, podemos señalar que la clasificación dicotómica entre responsabilidad contractual y extracontractual conserva plena vigencia positiva en nuestra legislación, cuestión que sin embargo se atenúa dada la ausencia de voluntad en algunos tipos de contratos que son celebrados o efectuados.

A este respecto, siguiendo la clasificación de las fuentes de las obligaciones del profesor Hernández Gil, que hace atendido el juego o relación entre la voluntad y la ley, podemos distinguir tres grandes tipos de fuentes:

a) La voluntad con cooperación de normas legales, en que la fuente fundamental emana de la autonomía de la voluntad y que es sancionada mediante la heteronomía de las normas legales. Es decir, tanto la creación del vínculo obligacional como la forma en que éste debe desarrollarse está determinado por la voluntad, pero los efectos de su cumplimiento o incumplimiento está regulado por el ordenamiento jurídico.

b) Las normas legales a partir de un presupuesto de voluntad. Este caso es distinto del anterior porque no hay cooperación entre las normas y la voluntad. Supone, este tipo de fuente, determinadas conductas voluntarias respecto de las cuales la ley hace nacer una relación jurídica. Así, podemos poner como ejemplo, donde ya se relativiza la categórica división entre responsabilidad contractual y extracontractual, por una parte los actos ilícitos que caen dentro de esta categoría, (hechos voluntarios a los cuales la ley le atribuye consecuencias jurídicas) y, por la otra, una serie de contratos, como por ejemplo los contratos forzados ortodoxos, que son aquellos que la ley obliga a celebrar sin determinar el contenido de los mismos. (Ej.: Cuando la ley exige rendir caución suficiente)

c) Las normas legales en ausencia de presupuestos de voluntad en la que ya podemos absolutamente confundir algunos supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. Todos los casos de responsabilidad objetiva extracontractual están dentro de esta fuente de las obligaciones. Todos los contratos forzados heterodoxos se encuentran también dentro de esta fuente de las obligaciones, que son aquellos que la ley obliga a celebrar determinando el contenido de los mismos. (Ej.: El contrato de seguro automotriz obligatorio)

Vemos, en consecuencia, que las modernas clasificaciones de las fuentes de las obligaciones nos llevan a la tendencia unificadora, toda vez que en los supuestos de las mismas nos podemos encontrar con hipótesis de responsabilidad tanto contractual como extracontractual y parece ser que en definitiva no es atendible un criterio de separación rígida entre los distintos tipos de responsabilidad civil.

C. Tratamiento positivo de la responsabilidad civil en nuestra legislación.

Ya hemos visto que en nuestra legislación, existe una estructura preeminentemente dualista de la responsabilidad civil, que otorga un tratamiento distinto a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual.

La *responsabilidad contractual*, es la que proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. (art. 1556).

La *responsabilidad extracontractual* proviene de la comisión de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro.

De lo anterior se infiere que mientras la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, la responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la ausencia de obligación, es decir, se produce entre personas jurídicamente extrañas, y es por ello que el hecho ilícito es el que crea la obligación de reparar el daño. Por ello es que la responsabilidad delictual o cuasidelictual es una fuente de las obligaciones, puesto que con anterioridad no existía entre las partes obligación alguna con la cual se relacione el hecho que la genera. En cambio en la responsabilidad contractual, la obligación de indemnizar es la sanción impuesta por la ley al incumplimiento de una obligación anterior, lo que constituye uno de los efectos de que la ley atribuye a la fuerza obligatoria de los contratos. Es por eso que el artículo 1437 del C.C. menciona a los delitos y cuasidelitos como fuentes de las obligaciones y no hace lo mismo con la responsabilidad contractual.

Para **Planio** no hay distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, puesto que ambas crean una obligación, cual es la de reparar el daño. Ambas suponen una obligación previa; que en la responsabilidad contractual nace del contrato y en la responsabilidad

extracontractual de la ley (obligación genérica de no causar daño), y en ambas la culpa estaría constituida por un mismo hecho, cual es la violación de esta obligación.

Alessandri disiente de esta teoría, puesto que para fundamentarla es necesario sostener la existencia de una obligación legal preexistente, que consistiría en no causar daño a otro, pero la ley no ha precisado esta obligación, y antes de que exista el hecho ilícito no podemos hablar de acreedor y deudor ni de relación jurídica entre personas determinadas.

♦ *Principales diferencia entre ambas responsabilidades*

La responsabilidad contractual está reglamentada en el título 12 del libro IV del C.C. al tratar de los efectos de las obligaciones. La responsabilidad delictual y cuasidelictual está reglamentada en el título 35 del mismo libro IV. sobre los delitos y cuasidelitos.

a) En cuanto a la capacidad: Mientras la capacidad (capacidad de ejercicio y no de goce) para contratar se adquiere por lo general a los 18 años de edad, (art. 1447) la plena capacidad delictual y cuasidelictual se adquiere a los 16 años, pero el menor de esa edad y mayor de 7 puede ser responsable de su delito o cuasidelito si a juicio del juez obró con discernimiento (art. 2319).

b) En cuanto a la graduación de la culpa: en materia contractual la culpa admite graduaciones, distinguiéndose la culpa lata o grave, la culpa leve y la culpa levísima (art. 44) y el deudor sólo será responsable de la culpa lata en los casos en que el contrato sólo es útil para el acreedor, como el depósito; de la culpa leve cuando el contrato beneficia recíprocamente a ambas partes, y hasta de la culpa levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio, como en el comodato. (art. 1547). Por consiguiente el deudor sólo incurrirá en responsabilidad si no ha empleado la diligencia o cuidado a que el contrato lo obligaba.

En materia delictual o cuasidelictual, en cambio la culpa no admite graduación, y toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad.

c) En cuanto a la constitución en mora: En materia contractual es necesario constituir en mora al deudor para que pueda demandarse la indemnización, a menos que la obligación sea de no hacer en cuyo caso el deudor se constituye en mora por la sola contravención. (art. 1557)

En materia delictual o cuasidelictual no es necesaria la constitución en mora puesto que la

obligación de reparar el daño resulta de la sola existencia del hecho ilícito.

d) En cuanto a la extensión de la reparación: En materia delictual o cuasidelictual la reparación es completa, esto es, comprende todo el daño sufrido por la víctima, todo menoscabo que experimenta un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral de orden patrimonial o extrapatrimonial. (art. 2329...todo daño)

En materia contractual el deudor sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o se pudieron prever al tiempo del contrato, salvo que pueda imputársele dolo, en cuyo caso responde aún de los imprevistos. (art.1558) y el daño moral no es, en principio, indemnizable. Sin embargo, alguna jurisprudencia más reciente ha establecido la procedencia del daño moral, lo que tuvo su primer origen a situaciones de accidentes del trabajo y que de alguna manera se ha ido extendiendo a otras áreas. Sin embargo, esto hoy en día no es un tema pacífico. (Lesly Tomassello)

e) En cuanto a las facultades de los jueces para fijar el monto de la reparación: en materia delictual o cuasidelictual los jueces tienen facultades soberanas para apreciar la extensión del daño y determinar el monto de la indemnización.

En materia contractual, en cambio, el acreedor debe acreditar la especie y monto de los perjuicios que cobra, o, por lo menos, establecer las bases que deban servir para su liquidación en la etapa de ejecución del fallo.

f) En cuanto a la solidaridad: Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, éstas son solidariamente responsables del perjuicio causado. (art. 2317) En cambio existiendo codeudores de una obligación contractual éstos no responden solidariamente a menos que se haya pactado o lo disponga la ley.

g) En materia de prescripción, la acción para reclamar la reparación del daño causado por delito o cuasidelito prescribe en 4 años desde la perpetración del acto (art. 2332) y la acción para reclamar perjuicios por incumplimiento contractual prescribe, por regla general, en 5 años (art. 2515) salvo reglas especiales (ej.: art. 1856 .. acción de saneamiento por evicción)

h) En cuanto al peso de la prueba: Tratándose de responsabilidad contractual, el acreedor

sólo debe probar la existencia de la obligación. La culpa del deudor se presume por el sólo hecho del incumplimiento. En consecuencia, es el deudor que pretende liberarse de responsabilidad quien debe probar que el incumplimiento de la obligación no le es imputable, sea acreditando el caso fortuito o la fuerza mayor que hizo imposible su ejecución, sea acreditando que empleó la debida diligencia o cuidado. (art. 1547 inc. 3 y 1698)

En materia de responsabilidad delictual o cuasidelictual es la víctima que reclama la reparación quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, y ello por cuanto conforme a la regla general del art. 1698 que establece que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega estas o aquellas, la obligación de reparar nace precisamente del hecho ilícito que invoca el demandante. Esta regla general se aplica, salvo que la ley presuma la culpabilidad, como ocurre en los casos de los art. 2320 a 2323 y 2326 a 2329.

Hemos visto, en consecuencia, la principales diferencias en el tratamiento positivo que nuestra legislación otorga a una y otra clase de responsabilidad civil, dentro de esta estructura dualista que a algunos de nosotros nos merece dudas por la debilidad doctrinaria de intentar fundamentar su distinción en sus propias fuentes.

- ***Delito y cuasidelito civil.***

El art. 2284 distingue entre “delito” y “cuasidelito”. Ambas expresiones significan hechos ilícitos que causan daño.

- Cuasidelito: hecho ilícito causado sin intención de dañar, sino con culpa del agente.
- Delito: Hay dolo.

Esta distinción que atiende al elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual, en verdad carece de importancia práctica, salvo en un aspecto.

En efecto, conforme al artículo 2329, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por ésta. En consecuencia, la extensión del daño en materia delictual o cuasidelictual es la misma. La única diferencia se presenta en relación a los terceros. El art. 2316 inc. 2°, atribuye responsabilidad a los terceros que se aprovechan del dolo ajeno hasta concurrencia del provecho. Pero no responden los terceros que se han aprovechado de la culpa ajena.

- ***Delito o cuasidelito civil y delito doloso o culposo penal.***

La característica fundamental del delito civil es que necesita del daño. En el delito penal, en cambio, puede no haber daño e igualmente se configura el tipo delictual (por ejemplo, en los delitos de peligro). En cambio, no puede haber delito o cuasidelito civil sin la producción de un daño o resultado dañoso en la persona o propiedad de otro.

De otro lado, para que se genere responsabilidad extracontractual basta con la antijuridicidad del hecho (hecho ilícito) y que éste produzca daño. En cambio, en materia penal, es necesario que el hecho ilícito se encuadre en el tipo de alguna figura delictual (tipicidad).

Lo normal será, no obstante, que de un mismo hecho ilícito nazca acción penal y civil para reparar el daño.

- ***Cúmulo u opción de responsabilidad.***

Por regla general, el llamado cúmulo u opción de responsabilidad civil se produce toda vez que, durante la ejecución de un contrato o con ocasión de su cumplimiento, una de las partes contratantes causa un daño a la persona o propiedad de la otra. En este caso, ¿puede la víctima del daño prescindir del contrato y por tanto de la normativa contractual, y demandar la indemnización basada en las reglas de la responsabilidad extracontractual?

Ejemplo: un chofer que manejando a exceso de velocidad pasa un disco pare, choca y uno de los pasajeros se lesiona.

Ejemplo: Encargo la construcción de una casa a un arquitecto y después una pared me cae encima por un error de diseño.

En Chile, el llamado "cúmulo u opción de responsabilidad" ha sido planteado de la siguiente manera: *¿puede el acreedor de una obligación contractual incumplida que le causa daño hacer caso omiso del contrato - y de la normativa establecida en los arts. 1547 y siguientes del Código Civil - y dirigir su acción indemnizatoria contra el otro contratante en base a la normativa extracontractual de los arts. 2314 y ss.?*

Nuestra doctrina tradicional ha negado la posibilidad del cúmulo u opción y ha sostenido que cuando la víctima demandante está unida al demandado por un vínculo jurídico previo y anterior al daño, no puede - al interponer la demanda - optar o elegir por ejercer la acción de responsabilidad extracontractual o aquiliana (arts. 2314 y ss. CC), sino que debe necesariamente demandar la indemnización de perjuicios en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual (arts. 1545 y ss. CC).

En este sentido se ha seguido la tesis sustentada por Alessandri y defendida por los autores franceses de la época. Tradicionalmente en Francia se negó al demandante la posibilidad del cúmulo u opción. Asimismo, y siguiendo la doctrina francesa de su época, Alessandri negó expresamente la posibilidad que tendría el acreedor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal de elegir y acudir a la vía extracontractual (arts. 2314 y ss. CC) para reclamar la indemnización debida porque "la infracción de una obligación da origen únicamente a la responsabilidad contractual: el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del Código Civil.

Por otra parte, el referido autor - citando a los hermanos Mazeaud, Aubry et Rau, Savatier y Lalou- sólo autorizó el cúmulo u opción en dos casos muy particulares: a) cuando así lo han estipulado las partes y b) cuando la inejecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito o cuasidelito penal, como en el caso del cuasidelito de negligencia culpable en el ejercicio de una determinada profesión. En este sentido, la responsabilidad civil nacida del delito penal sería indistintamente contractual y extracontractual.

Sin embargo, según Alessandri Rodríguez, en estos casos de excepción la víctima deberá optar por una de las dos clases de responsabilidad, pues no puede demandar ambas conjuntamente. Podría demandarlas en un mismo proceso (acumulación de acciones) pero una en subsidio de la otra, puesto que son incompatibles entre sí, tanto porque se rigen por reglas diversas, cuanto porque si la víctima opta por la responsabilidad contractual se asila en el contrato y si opta por la responsabilidad extracontractual, prescinde completamente del mismo.

En pocas palabras, esta doctrina señala que si existe un vínculo jurídico previo entre demandante y demandado - de origen contractual, cuasicontractual o legal - el juez está obligado a aplicar la normativa contractual, salvo que el hecho que constituya la infracción contractual también a su turno constituya un delito o cuasidelito penal, teniendo entonces la opción de demandar una u otra responsabilidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 10 del CPP, según el cual de todo delito nace una acción civil para la indemnización de los perjuicios.

Esta cuestión del cúmulo de responsabilidad reviste importancia, entre otros casos, en materia de responsabilidad médica. Es una realidad innegable que los daños causados al paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente las características propias de una infracción contractual (al contrato de hospitalización y/o de asistencia sanitaria) y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber

general de actuar con diligencia y no causar daño a otro). En otras palabras, la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual y de la extracontractual.

La aplicación estricta e indiscriminada de la doctrina del non cumul (negativa de la opción) a los daños causados al paciente con ocasión de la actividad médica y hospitalaria no tiene hoy una clara justificación toda vez que hoy - en este preciso campo - se hace muy difícil definir y determinar con precisión los límites entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del hospital y/o de los médicos que trabajan en el mismo o prestan sus servicios sirviéndose de sus instalaciones y de su personal auxiliar.

En efecto, cuando se causa daño a la vida, a la integridad física o a la salud del paciente, no es fácil determinar con claridad si la obligación infringida por el demandado es contractual o simplemente se trata de la infracción de un deber general de no causar daño a otro. En todos estos casos no es fácil determinar con certeza - y, generalmente a posteriori de los hechos - la existencia de ciertas y determinadas obligaciones contractuales claramente incumplidas por el demandado, pues los deberes de cuidado que asume el profesional de la salud - o el respectivo hospital - suelen ser indeterminados o, al menos, de muy difícil determinación.

La doctrina extranjera acepta hoy en forma casi unánime que - en muchos casos prácticos y, concretamente, en los supuestos de responsabilidad médica y hospitalaria - existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquéllos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano y, sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción para elegir la vía extracontractual aunque el demandado pruebe que existía un vínculo contractual previo al daño.

Nuestra jurisprudencia parece hoy inclinarse hacia esta solución de avanzada. Así, por ejemplo, tratándose de la responsabilidad de una clínica privada, la Corte de Santiago ha señalado que "no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido de que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual por existir entre ellos, en su concepto, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente y, de existir dicha relación, nada impediría que el actor pudiese acogerse a las disposiciones

relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda".

Además, en todos aquellos países donde se han dictado leyes especiales que establecen una responsabilidad estricta, sin culpa o por riesgo de las empresas productoras de bienes y servicios, disminuye la necesidad de establecer deberes de conducta incumplidos o violados por el demandado. Dicho en otros términos, cuando la obligación de reparar no se basa sólo en la culpa - como omisión de un deber de conducta - sino también en el riesgo creado, la imputación de responsabilidad civil no pasa por la necesidad de establecer obligaciones incumplidas por el demandado en relación con el demandante sino en determinar si dicho daño - como accidente estadísticamente inevitable - es la concreción de un riesgo típico a la actividad desarrollada por el demandado en el mediano y largo plazo. En los sistemas de responsabilidad estricta, la posible existencia de un vínculo contractual u obligacional previo al daño entre demandante y demandado sólo puede ayudar a extender los riesgos que se entienden ser inherentes a la actividad de este último.

Finalmente, la posibilidad de recurrir a la vía extracontractual no debiera constituir un problema en la práctica - aunque se acredite la existencia de un contrato entre las partes previo al daño - toda vez que los actos negligentes con daños a las personas constituyen, en casi todos los ordenamientos penales del mundo, un cuasidelito penal, lo que daría lugar a una responsabilidad civil derivada de un delito penal y, en consecuencia, autorizaría a prescindir del contrato respecto del agente directo del daño, pudiendo recurrir a la acción aquiliana. El problema quedaría circunscrito al hospital, pues a su respecto, y como persona jurídica, no existen figuras penales.

• ***ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.
PRESUPUESTOS DE LA REPARACION***

1. Daño
2. Factor de atribución: Fundamento del deber de reparar. Puede ser subjetivo (Culpa o dolo) o puede ser objetivo (riesgo creado, la equidad, la seguridad social, etc.)
3. Relación de causalidad o nexo causal
4. Capacidad

A estos elementos podríamos agregar como presupuesto de reparación la antijuridicidad. La antijuridicidad (formal) es un presupuesto de tipo objetivo que se configura por la simple contradicción entre un hecho y un orden jurídico, sin que importe para nada la voluntariedad o culpabilidad de su autor. Podemos decir, como principio general, que todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, como también resulta antijurídico el ejercicio abusivo de un derecho.

Por su parte, una actividad riesgosa, lícita en sí misma, en tanto produce un daño puede ser calificada de antijurídica.

De otro lado, en principio, las causales de justificación borran la ilicitud de la conducta en relación a todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, algunos autores afirman que igualmente, en caso de obrar, por ejemplo, por un estado de necesidad, si bien el acto necesario está justificado, el tercero lesionado tendría derecho a reparación; pues en caso contrario, estaríamos frente a una situación injusta, y por tanto, contraria a derecho (equidad como factor de atribución).

1. DAÑO:

Es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho.

En términos generales podemos definir el daño o perjuicio como la disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona.

El daño, según lo ha definido el distinguido autor alemán Karl Larenz “*es la alteración desfavorable de las circunstancias que a consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona, y que afecta a los bienes jurídicos que le pertenecen, sean estos respecto de su personalidad, libertad, honor o patrimonio*”.

El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas. Si una persona es atropellada, puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, comprar remedios, pagar la ambulancia, tratamiento siquiátrico, quizá deba someterse a una costosa rehabilitación, puede perder un negocio importante debido a su hospitalización, y además, no estará en aptitud de trabajar para mantener a su familia, etc.

• Características:

Debe ser cierto y ha de recaer sobre un interés propio.

- a. *Cierto*: No debe ser eventual, en cuanto necesariamente ha de producirse, no debe estar sujeto a condición; perfectamente puede ser un daño futuro (lucro cesante).

b. *Propio*: No se refiere a la titularidad del bien que resulta dañado, sino al titular del interés afectado.

- Categorización de los daños:

a. **Daño material o económico:** Se refiere al daño concreto, específico, sea de orden físico, sea relativo a las cosas; pero siempre con consecuencias patrimoniales directas. Así por ejemplo un corte en el rostro de una persona, donde la patrimonialidad del daño está dado por los gastos médicos en que deberá incurrir la víctima. Sin embargo, el daño económico comprende tanto en daño emergente, que pretende restituir la pérdida sufrida, como el lucro cesante, que comprende aquellos que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino.

La indemnización del lucro cesante presume que el curso de la vida y de las cosas del demandante habría sido normal, de no mediar el hecho dañino (supone un juicio de probabilidad). Así, por ejemplo, cuando se indemniza al hijo menor cuyo padre fue muerto en un accidente de auto, se toma en cuenta que ese padre era la fuente de sustento de tal hijo hasta su mayoría de edad. Pero bien podría haber sucedido que por razones naturales, el padre hubiese fallecido al día siguiente, por ejemplo, por un infarto cardiaco. Por eso, las distinciones en esta materia son extremadamente sutiles, y el juez deberá obrar con la prudencia que el caso amerita y atender a las circunstancias normales y previsibles.

b. **Daño moral.** Es definido como el dolor o sufrimiento que experimenta una persona, que debe ser indemnizado (*pecunia doloris*). Sin embargo, la pena no es lo que se indemniza, el dolor en sí mismo, aunque emane de un hecho ilícito, no es lo indemnizable. Lo que se indemniza es el atentado concreto a los derechos de la personalidad (Art.19, la familia, etc.); En efecto, el concepto de daño moral, ha evolucionado desde una concepción doctrinaria, que lo hacía radicar esencialmente en el efecto psíquico que producía en los sujetos, en la conmoción en este orden, a un concepto de daño moral que lo amplía a cualquier agresión constituida por la violación de los derechos de la personalidad, y que no estén comprendidos en los daños patrimoniales.

¿cómo puede medirse cuánto vale en dinero el puro dolor que sintió el atropellado, el sentimiento de terror, de impotencia que tuvo al verse arrojado intempestivamente por tierra, la aprehensión de la intervención quirúrgica?.

A partir del enfoque romano, algunos juristas distinguen el carácter de reparación que tiene la indemnización frente al daño material y el carácter de satisfacción que tiene frente al daño moral; lo que ilumina la verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral: no es una reparación sino una satisfacción del deseo de que el agresor le pase también algo, que sufra cuanto menos en su patrimonio. Por ello, los códigos contemporáneos han sido bastantes cautelosos al consagrar el daño moral, entendiendo que la función primordial de la responsabilidad extracontractual es eminentemente reparativa o resarcitoria.

Procede la indemnización por daño moral en materia extracontractual:

- El Art. 2314 no distingue en materia de daño, no limita la indemnización al daño emergente o al lucro cesante.
- El Art. 2329 se refiere por regla general a todo daño que pueda imputarse a malicia de otra persona.
- El Art. 2331 limita la indemnización del daño a un caso específico, excluye el daño moral al limitarlo al daño emergente y al lucro cesante, entonces, si la ley en un caso específico excluye el daño moral quiere decir, a contrario sensu, que en los otros casos no lo excluye.

c. **El daño punitivo:** Está consagrado en los EEUU. Se trata de los “punitive and exemplary damages”. La indemnización que se paga por este concepto tiene como objetivo penalizar civilmente una negligencia temeraria por parte del responsable, relacionada generalmente con la peligrosidad impropia de productos elaborados. Un caso famoso fue el del automóvil Ford Pinto. (caso de la película). El jurado estimó daños en US\$120 millones como penalización civil superior al gasto ahorrado (lo que le habría significado reemplazar los automóviles o reparar el tanque de bencina).

2. **FACTORES DE ATRIBUCIÓN. LA CULPA O DOLO.**

Son las reglas que determinan en definitiva quién debe soportar los efectos del daño.

Nuestro C.C. acoge el principio subjetivo de responsabilidad, que hace descansar el sistema en la existencia de dolo o culpa en la persona del agente. Se trata, pues, de un sistema de responsabilidad por culpa. Pero, como hemos dicho, la tendencia actual es que toda persona responda de los daños que ocasiona, atribuyéndosele responsabilidad en forma objetiva, es decir, con independencia al dolo o la culpa.

Un sistema de responsabilidad por culpa, como cualquier otro, es un sistema de distribución de costos. Es decir, es un sistema de reglas en base a las cuales es posible determinar qué persona o grupo de personas paga el costo de los accidentes y en qué monto. Frente a esta pregunta, un sistema de responsabilidad por culpa responde diciendo que el costo ha de recaer sobre quien los causa culposa o dolosamente y que, en cualquier otro caso, ha de soportarlo la víctima. Un sistema de responsabilidad por daños, en cambio, basado en un enfoque desde el prisma del análisis económico del derecho, atiende a otro patrón o conjunto de reglas para la distribución de los costos, cuyo objetivo es controlar la asignación de recursos de forma de conseguir la eficiencia en su asignación y al mismo tiempo una ganancia de bienestar para la sociedad en su conjunto. (reducir costos de accidentes y costos de evitarlos)

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, el sistema de responsabilidad por daños es mucho más eficiente para reducir costos. Así, por ejemplo, en el sistema de responsabilidad por culpa existen altos costos asociados a la administración del daño (gastos en justicia).

Así pues, las razones que justificarían la mantención de un sistema subjetivo de responsabilidad no son de carácter económico sino moral o de justicia. Lo moralmente adecuado es que quien cause el daño asuma los costos. Sin embargo, eso ni siquiera resulta siempre así, si tomamos en cuenta la contratación de seguros.

En cualquier evento, la consagración de un sistema de responsabilidad por culpa en nuestro derecho tampoco guarda armonía con la función reparadora de la responsabilidad extracontractual. La indemnización no es punitiva sino reparadora. No se indemniza en la medida de la culpa, sino en la medida del daño. Como hemos visto, la extensión de los perjuicios a ser indemnizados no varía si ha mediado dolo o culpa, por lo que nuestro C.C. acoge la indemnización reparatoria.

Dolo: Art. 44 inc. Final. “Intención positiva de inferir injuria o daño en la persona o propiedad de otro”.

El dolo está presente en el derecho civil en los siguientes temas:

- a. Como vicio del consentimiento;
- b. En el incumplimiento de las obligaciones contractuales;
- c. En la responsabilidad extracontractual.

Culpa: (Art. 44). En la definición el legislador efectúa una graduación de ella en grave, leve y

levísima, comparando el comportamiento de una persona con un paradigma ideal, “El comportamiento del buen padre de familia”.

Si bien en materia de responsabilidad extracontractual no existe, en principio, graduación de la culpa, se discute acerca de si se responde de culpa levísima en este tema.

Algunos piensan que como la ley no distingue se responde de toda clase de culpa, se exige diligencia máxima.

Otros creen que extracontractualmente sólo se responde de culpa leve, pues el Art. 44 dice que culpa o descuido sin otra calificación significa culpa leve. En verdad, cuando el juez le toca evaluar la conducta del agente, se pregunta únicamente si fue prudente, y no si fue extremadamente prudente.

Se señalan como conductas generadoras de la culpa o “causas de la culpa”, sea por acción u omisión, las siguientes:

- a. Negligencia: La falta de cuidado se debe a una omisión. Es la forma pasiva de la culpa, al omitirse lo que estaba aconsejado para evitar el daño.
- b. Imprudencia: La falta de cuidado se debe a una acción arriesgada. En este caso, la culpa se origina de forma activa, ya que se ejecuta un acto sin adoptar las precauciones necesarias.
- c. Impericia: La falta de cuidado y de diligencia se debe a la ausencia de conocimientos, experiencia o habilidad en el ejercicio de una determinada actividad.

▪ **Culpa contra la legalidad:**

Cuando se causa un daño con infracción de leyes o reglamentos resulta inoficioso examinar la conducta del agente, pues será igualmente responsable. Por ej. Si al portar ilegalmente un arma, y actuando con el máximo de diligencia posible, causo daño a otro, igualmente responderé. O cuando cometo una infracción de tránsito, aunque haya tomado todos los resguardos para evitar un accidente, igualmente seré responsable por los daños.

▪ **Culpa en el abuso de derecho.**

Por regla general, el ejercicio de un derecho es un acto lícito, y en consecuencia, no existiendo antijuridicidad de esa conducta, no es posible hablar de responsabilidad. Pero el ejercicio de un derecho desviándolo de su natural destino, importa un abuso, y en consecuencia, un ejercicio ilícito, que puede comprometer la responsabilidad de su titular. Tanto el criterio funcional del d° (finalidad) como el criterio del móvil en el uso del D° (intención de dañar), admiten que el

ejercicio abusivo de un Dº origina responsabilidad extracontractual.

(La doctrina del abuso del derecho rompe la regla “*qui iure suo utitur neminem laedit*” en cuya virtud el ejercicio de un derecho es una actuación lícita y legítima aunque produzca como resultado un daño a otra persona.)

▪ **Factores objetivos de atribución:**

Estos son los que fundamentan la responsabilidad objetiva y que agrupan una serie de criterios legales de imputación que justifican el poner a cargo el daño a determinada persona, prescindiendo de la valoración de la conducta del causante del daño. Estos factores no se agotan en el riesgo creado, pues constituyen un catálogo abierto que se ha ido ampliando por la dinámica de la doctrina y jurisprudencia.

En nuestro ordenamiento jurídico quizá sólo en materia laboral y leyes especiales que consagran una responsabilidad objetiva (por ejemplo, sobre seguridad nuclear, sobre navegación aérea, sobre contaminación de mar por hidrocarburos en la ley de navegación, etc) y sin perjuicio de la hipótesis de culpa contra la legalidad por infracción de leyes o reglamentos, existe una especie de responsabilidad objetiva por desarrollar una actividad peligrosa. Así, por ejemplo, el ejercicio de una actividad fabril genera el riesgo de accidentes del trabajo y por eso se hace responsable al patrón o empleador de los accidentes ocurridos a sus empleados u obreros en el ejercicio de esa actividad. En consecuencia, quien desarrolla una actividad peligrosa y crea un riesgo, debe soportar las consecuencias. La responsabilidad es un problema de causalidad y no de culpabilidad. El autor del daño es responsable por el sólo hecho de haberlo causado.

Históricamente, los orígenes doctrinarios de la teoría del riesgo creado pueden encontrarse en un grupo de juristas norteamericanos de principios de siglo. Sin embargo, esta moderna perspectiva ha recibido un mayor desarrollo y una notable divulgación en la segunda mitad del presente siglo, por parte de una serie de autores que, liderados por Guido Calabresi, conforman la denominada Escuela del Análisis Económico del Derecho.

En Estados Unidos es, quizá, la explicación más extendida en relación con la responsabilidad civil del fabricante o productor.

En apretada síntesis, esta doctrina plantea que la responsabilidad civil - como institución de Derecho común - no sólo debe castigar al personalmente culpable de una falta, sino que debe constituir un medio para distribuir eficientemente el costo económico del daño causado a una víctima inocente. Por este motivo, el perjuicio debe asumirlo el sujeto que está en la mejor

posición para prevenir dicho daño y para distribuir su costo entre el mayor número posible de personas.

▪ **La responsabilidad civil y la práctica de seguros de responsabilidad:**

El aumento en el número de accidentes ha contribuido al desarrollo de los seguros privados y especialmente los de responsabilidad civil.

La sociedad tolera el desarrollo de ciertas actividades riesgosas por su utilidad social. Pero el legislador, con el objeto de asegurar a la víctima la reparación del perjuicio, ha obligado a las personas sometidas a una responsabilidad por riesgo a contratar un seguro. De esta manera, la indemnización debida ya no es pagada por el autor del perjuicio, sino por la compañía aseguradora, la que lo reparte posteriormente entre toda la comunidad de asegurados.

Así, por ejemplo, en nuestro derecho está el seguro obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y el seguro de daños a terceros para los propietarios de vehículos motorizados (seguro automotriz obligatorio)

En materia de responsabilidad por riesgo, el sistema de contratación de seguros de responsabilidad civil cumple también una función de prevención de los accidentes respecto de aquellos que realizan actividades riesgosas o tienen cosas peligrosas, mediante el alza de las primas. (lo que constituye una advertencia para el imprudente)

El problema de los seguros en un sistema de responsabilidad por culpa es que uno se asegura también contra una responsabilidad fundada en la culpa lo que atenta directamente contra los elementos morales de esta clase de responsabilidad.

En consecuencia, el seguro de responsabilidad civil y particularmente el seguro obligatorio es sin duda uno de los mecanismos más eficaces para solventar la indemnización frente a la colectivización del derecho de daños. Hoy, la mayor parte de los eventos dañosos no son imputables a un individuo determinado y aislado, sino a un grupo de individuos o colectividades.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD O NEXO CAUSAL ENTRE LA CULPA O EL DOLO Y EL DAÑO OCACIONADO.

La relación de causalidad busca encontrar una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho de la persona a la cual se atribuye su producción. (Si estamos en hipótesis de responsabilidad objetiva, la relación causal deberá existir entre el daño y el riesgo creado). Es un presupuesto de tipo físico-objetivo y no subjetivo. Se trata de establecer una relación material que

responde a las leyes físicas. Pero se trata de una causalidad jurídica, es decir, la causa del daño que tiene relevancia jurídica. Por ejemplo, para un doctor la causa de la muerte de una persona será un paro cardio-respiratorio, pero para el jurista será el suministro de una sustancia tóxica.

La relación de causalidad cumple dos funciones que están ligadas entre sí:

- a) Determinar la autoría del daño; y
- b) Determinar la extensión del resarcimiento.

- **Teorías acerca de la causalidad:**

Existen diversas teorías que intentan determinar esta relación de causalidad:

- a) Teoría de la equivalencia de las condiciones: según la cual “Toda condición es suficiente para producir el daño, a menos que al ser suprimida la condición en términos hipotéticos, el daño no se produzca”. Debe efectuarse una supresión mental hipotética del hecho y si con ello, se elimina o desaparece el resultado dañoso, entonces se establece la relación de causalidad.
- b) Teoría de la causa próxima: Que atiende a la condición más próxima en el tiempo al resultado dañoso
- c) Teoría de la causa eficiente: La condición más eficaz y más activa para la producción del hecho.
- d) Teoría de la causa adecuada: Que predomina en la actualidad. La cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella. En consecuencia, la causa del daño es sólo aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado. (Hay un juicio de probabilidades sobre la base de la experiencia de vida)

- **Consecuencias de la relación de causalidad:**

1. La culpa de la víctima hace desaparecer total o parcialmente la relación de causalidad y exime de responsabilidad o la atenúa. Art. 2330. La exposición imprudente al riesgo es el elemento considerado por el legislador.

De mismo modo, puede suceder que en la causación del daño producido interfieran otros elementos extraños, de modo que tal daño no pueda atribuirse exclusivamente a la acción del agente, porque por sí sola su acción no es proporcionada a causarlo (Estas son las llamadas “concausas”). Estos elementos que interfieren en la relación de causalidad pueden ser el caso

fortuito, el hecho de un tercero o, como vimos, la acción de la propia víctima. Estas se califican como causas ajenas. Cuando la relación causal se suprime totalmente, estamos frente al fenómeno de la interrupción del nexo causal. Cuando sólo se produce una disminución en la fuerza causal, pues el hecho extraño sólo viene a colaborar en la producción del daño, nos encontramos frente a una concausa. La importancia de esta cuestión es que la ausencia total o parcial de la relación de causalidad provoca la ausencia total o parcial de responsabilidad. (Si hay concausas, el juez debe distribuir la responsabilidad)

2. En cuanto a la extensión del resarcimiento, la relación de causalidad se interrumpe respecto a los daños indirectos.

3. De acuerdo a los principios generales si existe pluralidad de causas los sujetos generadores de éstas responderán solidariamente.

4. **LA CAPACIDAD.**

El hecho de que se exija la capacidad para los efectos de la responsabilidad extracontractual (REC) no es más que una consecuencia del principio subjetivo que domina la REC en nuestro CC. Al estar imbuido de la culpa (actuar negligente) va implícita la exigencia de que se pueda discernir entre el actuar negligente y el diligente, es decir tiene que haber posibilidad de discernir entre un actuar negligente y diligente y entre el bien y el mal.

La tendencia moderna que ha objetivado la responsabilidad civil hace responder por sus actos incluso a los incapaces dementes, si tiene un patrimonio suficiente para indemnizar a la víctima.

En Chile se exige capacidad, pero no la capacidad negocial, es una capacidad más amplia y con menos requisitos.

“El gran principio es poder distinguir entre el bien y el mal, y por lo tanto pudiendo distinguir entre el bien y el mal se es capaz en materia de responsabilidad civil extracontractual y esto también como un mecanismo de protección a la víctima”.

- **¿Quiénes son incapaces?**

La regla respecto de la capacidad está en el Art. 2319 CC.

En términos absolutos y totales son incapaces:

1. *Los Infantes* (menores de 7 años)

2. *Los Dementes*

Entre los dementes hay que considerar la situación especial del ebrio. El ebrio es responsable aún cuando esté privado de razón de todo delito y cuasi delito, por lo tanto, el ebrio siempre responde. Art. 2318 CC. Esta misma regla habría que aplicar a cualquiera que esté temporalmente privado de razón por droga.

3. *Incapacidad Especial.*

Consiste en aquella persona que tiene más de 7 años y menos de 16 años. La situación del mayor de 7 y menor de 16 años es una situación intermedia en la cual queda a la prudencia del juez si actuó o no con discernimiento.

El hecho de que estas personas sean incapaces de delito y cuasidelito no significa que la víctima del daño vaya a quedar siempre sin posibilidad de ser indemnizada. De conformidad al Art. 2319 CC., responden por ellos aquellas personas que los tengan bajo su cuidado si se les puede imputar negligencia.

Cuando ha habido negligencia en el cuidado no hay D^o a repetir contra el incapaz por las personas que se han visto obligados a pagar a la víctima.

Como sabemos, las personas jurídicas son incapaces de delito o cuasidelito penal sin perjuicio de la responsabilidad criminal de las personas que intervinieron en el acto. Sin embargo, las personas jurídicas son plenamente capaces de delito y cuasidelito civil a través del actuar de sus representantes.

▪ **LAS PRESUNCIONES DE CULPA.**

Importan en la práctica una inversión en la carga o peso de la prueba e incluso una tendencia a objetivizar la culpa, es decir, que se es culpable aunque se haya actuado con la debida diligencia o cuidado.

• *Clasificaciones de las Presunciones de Culpa:*

- a. Presunciones de Culpa por el Hecho Propio.
- b. Presunciones de Culpa por el Hecho Ajeno.

c. Presunciones de Culpa por el Hecho de las Cosas.

a. **Presunciones de Culpa por el Hecho Propio.**

Se establecen en el Art. 2329 CC. que consagra la regla general de responsabilidad, “todo daño debe ser indemnizado”, y son especialmente obligados a esta reparación (la culpa en los casos enumerados en este Art. se presume):

- El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
- El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche.
- El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.

Lo importante es que parte de la doctrina, especialmente Arturo Alessandri, sostiene que el art. 2329 CC. establece una presunción general de culpabilidad en todos aquellos casos en que por la naturaleza de la actividad desarrollada puede atribuírsele culpa a su autor. Por lo tanto, no es una enumeración taxativa de responsabilidad por el hecho propio y los numerales del Art. serían sólo ejemplos. Se trata de presunciones de culpa fundadas precisamente en el riesgo creado.

b. **Presunciones de Culpa por el Hecho Ajeno.**

La regla general es que se responde tan sólo de los hechos propios y que por excepción se responde de los hechos de los otros.

Se responde de los hechos de las personas que están a su cuidado y se habla de responsabilidad por el hecho ajeno, pero en verdad es responsabilidad por el hecho propio, y el hecho propio por el cual se responde es la falta de cuidado por las personas que están a nuestro cargo o cuidado.

Esta responsabilidad es de carácter general, esto es de todas las personas que estén al cuidado de otro.

• **Requisitos para que se produzca la responsabilidad por el hecho ajeno.**

- a. Que exista una relación de dependencia P/Ej. padre e hijo, el empleador con el trabajador, etc.
- b. Que el “victimario” sea capaz y que esté bajo la dependencia de otro. (si es incapaz se aplica el Art. 2319 CC.)

- c. La negligencia del tercero responsable (que en nuestro sistema se presume legalmente).
- d. Que se pruebe la culpabilidad del dependiente o subordinado.

- **Conclusiones:**

- ◇ Como el dependiente es capaz y responsable, en los eventos de este tipo de responsabilidad se puede accionar contra ambos; es decir, contra el subordinado y contra aquella persona que teniendo a su cuidado a esta persona no fue lo suficientemente diligente en su cuidado. Sin embargo, por lo general el dependiente será insolvente, de manera que a la víctima le interesará dirigir su acción en contra del tercero civilmente responsable.
- ◇ Esta presunción de culpabilidad por el hecho ajeno es una presunción simplemente legal que puede ser desvirtuada. Art. 2320 Inc. Final CC.
- ◇ El 3° que por su falta o cuidado se ve en la obligación de responder por el hecho culpable de las personas que dependen de él, tiene D° a cobrar o repetir contra el que efectivamente causó el daño, (Art. 2325) con 2 requisitos:
 - ⇒ Que el hecho no lo haya realizado por orden de la persona de la cual depende.
 - ⇒ Siempre que sea capaz de delito o cuasidelito, ya que si no lo es, se aplica la regla del Art. 2319 CC.

- **Casos de responsabilidad por el hecho de un tercero.**

1. **Responsabilidad de los padres.** (Art. 2320 inc. 2°).

- que sea menor de edad el victimario (No incapaz de delito, pues en tal caso se aplica la regla del art. 2319).
- que viva en la misma casa que los padres.

Lo importante es tener presente que los padres deben estar al cuidado personal del menor, cuidado personal que es limitado dentro los estándares jurídicos y los usos normales.

Existe, sin embargo, una presunción de derecho dada en el Art. 2321 respecto a este cuidado personal, que se refiere a los malos hábitos que los padres han dejado adquirir a sus hijos. En este caso, no es necesario que vivan en la misma casa.

2. **Responsabilidad de tutores y curadores.**

Estos también son responsables del cuidado y conducta del pupilo que vive bajo su

dependencia (Art. 2320 inc. 3°). Asimismo, son responsables los directores de colegio de los discípulos que estén bajo su cuidado, aún siendo mayores de edad (Art. 2320 inc. 4°).

3. Responsabilidad de los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices y dependientes mientras estén bajo su cuidado (2320 inc. 5°).

4. Responsabilidad de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes (Art. 2322).

- que ejecuten labores a su orden o en el ejercicio de sus funciones.
- no hay responsabilidad fuera del desempeño de sus funciones.

Se exime de responsabilidad el amo si se ejercen las funciones por los criados de un modo impropio, si este modo impropio le ha sido impredecible; si no tenía forma de prevenir el ejercicio de las funciones en forma abusiva; si utilizó toda su autoridad para intentar impedir lo anterior. (Art. 2322 inc. 2°)

• **Responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente:**

En el Derecho comparado, estos dos supuestos legales son conocidos con el nombre genérico de "Responsabilidad indirecta del principal por el hecho de sus encargados o dependientes". Bajo este concepto se agrupan todos los casos prácticos en lo cual el daño es causado por un agente directo en el ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas por un empresario o principal. Por tanto, en todos estos casos cabe distinguir los siguientes tres elementos comunes:

- a. Un agente directo y material del daño, llamado indistintamente "dependiente", "encargado", "comisionado", "agente", etc.
- b. Una relación o vínculo entre este agente directo y el empresario civilmente responsable, denominada comúnmente vínculo de "subordinación y dependencia".
- c. Que el daño haya sido causado en el ejercicio o con ocasión de las funciones asignadas al primero.

Por otro lado, es interesante señalar que en Chile esta institución - junto a sus elementos constitutivos - se da cita en múltiples preceptos especiales de nuestro ordenamiento jurídico. Estos preceptos especiales consagran supuestos legales que responden, en su estructura y aplicación práctica, a un régimen de responsabilidad indirecta, refleja o sustituta.

Así, por ejemplo, el art. 886 del Código de Comercio establece la responsabilidad civil del naviero por los daños causados por su capitán, oficiales y tripulación.

El art. 162 del Código Aeronáutico (Ley N° 18.916 de 19 de enero de 1990) establece la responsabilidad civil de explotador de aeronaves por los daños causados a las personas o cosas a bordo de ellas, con ocasión de un abordaje aéreo imputable a culpa o dolo del piloto de la aeronave.

El art. 174 inciso 2, de la Ley sobre Accidentes del Tránsito (Ley N° 18.290 de 7 de febrero de 1984), establece la responsabilidad solidaria del dueño de vehículos por los daños causados por el conductor, sea éste dependiente o no del dueño/titular civilmente responsable.

Asimismo, el art. 145 de la de Navegación Marítima (DL N° 2.222 de 31 de mayo de 1978) estableció que el dueño, armador u operador de un barco o artefacto naval es civilmente responsable de las faltas, imprudencias o negligencias de sus dependientes o de la dotación respectiva y no podrán éstas ser alegadas como causales de exención de responsabilidad.

El art. 69 letra b) de la llamada Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales (Ley N° 16.744 de 1968) establece que "la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño, podrá reclamar al empleador o a terceros responsables del accidente, también las indemnizaciones a que tenga derecho con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluido el daño moral." Así, el empresario podrá llegar a ser civilmente responsable -conforme a las disposiciones del Código Civil- por los accidentes del trabajo debidos a la culpa o negligencia de sus propios empleados, mandos medios y altos cargos, sujetos a un contrato de trabajo.

Por último, podemos señalar que la responsabilidad civil del Estado/Administrador y de las Municipalidades puede obedecer a un esquema de responsabilidad indirecta o sustituta si el daño ha sido causado por la actividad material de algún funcionario, empleado o dependiente.

- *Naturaleza y fundamentos de la responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*

En el Derecho comparado se distinguen tres grandes teorías en relación al fundamento y estructura de la responsabilidad civil del principal por el hecho de sus dependientes. A continuación haremos un apretado resumen de las diversas doctrinas que se han creado en el Derecho comparado para intentar explicar el porqué una persona (el dominus o principal) puede ser civilmente responsable -y, por tanto, obligado al pago de la indemnización respectiva - por

los daños causados por otra (el dependiente o agente directo del daño).

1. Doctrina de la culpa in eligendo vel vigilando.

Esta doctrina postula que el empresario sólo es civilmente responsable si se logra acreditar que ha incurrido personalmente en una culpa al elegir, vigilar, dirigir o controlar al empleado que directa o inmediatamente causó el daño respectivo. El derecho entiende que el empresario, desde el momento en que contrató al dependiente y lo tiene bajo sus órdenes e instrucciones, está obligado a vigilar su conducta para que desempeñe con eficiencia y seguridad su encargo y evite así causar daños a terceros. Por ello, si el dependiente causa daños, éstos se deben más a la culpa del empleador que a la propia culpa del empleado.

Asimismo, en la totalidad de los ordenamientos que recogen este sistema, la culpa del empresario se presume iuris tantum, es decir, la víctima no tiene la carga procesal de probar la negligencia del empresario demandado. Por este motivo se concede siempre a éste (empresario demandado) la posibilidad de probar que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el hecho (la denominada prueba liberatoria).

Por los motivos apuntados, la única diferencia que guarda este supuesto legal con la regla general en materia de responsabilidad extracontractual por el hecho propio, radica en que aquí la culpa del empresario se presume legalmente, es decir, el empresario es civilmente responsable salvo que pruebe que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el daño.

En consecuencia, en estricta teoría:

- a. La responsabilidad civil del empresario es directa y no subsidiaria. La víctima puede demandar directamente al empresario sin necesidad de demandar primero, o conjuntamente al menos, al dependiente que material y directamente causó el daño respectivo. La responsabilidad del empresario y la del dependiente/agente directo del daño son autónomas e independientes.
- b. No se necesita culpa alguna en el dependiente o agente directo del daño e, incluso, no es necesario que éste sea capaz de cometer delitos y cuasidelitos civiles. Basta la culpa del empresario demandado.
- c. El empresario demandado puede siempre eximirse de toda responsabilidad mediante la

llamada prueba liberatoria, es decir, acreditando que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el daño.

- d. El empresario que ha indemnizado a la víctima no puede repetir contra su dependiente por el total de lo pagado como indemnización pues, en el fondo, paga una deuda propia. Únicamente podría repetir contra su dependiente si logra acreditar que éste incurrió en dolo o culpa personales y sólo por la parte o cuota que le corresponda al dependiente culpable en la obligación indemnizatoria.

Este esquema tradicional de concebir y estructurar la responsabilidad del empresario es el resultado del absoluto predominio de la doctrina de la culpa en la época de la codificación europea e hispanoamericana.: no hay responsabilidad civil sin culpa.

2. La responsabilidad vicaria, refleja o substituta.

Este sistema de concebir la responsabilidad civil del principal fue una genial creación de Pothier. Sin embargo, y no obstante la gran influencia que ejerció este gran jurista en la codificación francesa, el primer Proyecto de Código Civil francés no contenía una norma de responsabilidad vicaria, pues el amo y comitente respondían por culpa y podían eximirse de toda responsabilidad probando no haber podido impedir el hecho. Sin embargo, al momento de discutirse dicho Proyecto y sin mayores explicaciones, se privó al amo y comitente de la posibilidad de probar que había elegido o vigilado bien a sus encargados o dependientes. De esta forma se estableció, por primera vez en la historia de la codificación europea, y de modo casi fortuito, una responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta.

En este sistema el empresario es objetivamente responsable de los daños que con dolo o culpa causen sus dependientes en el ejercicio de sus funciones. En otras palabras, una vez acreditada la culpa in operando del dependiente, el empresario no puede eximirse de responsabilidad civil alegando haber empleado la debida diligencia en la elección, vigilancia, dirección y control de sus dependientes. El empresario es un verdadero garante de las culpas de sus dependientes y debe responder frente a la víctima a la medida de un fiador solidario.

Por tanto, esta forma o esquema de concebir la responsabilidad civil del empresario se caracteriza esencialmente por los siguientes 4 elementos:

- a. No es necesario acreditar culpa alguna en el empresario demandado ni éste puede

eximirse probando haber empleado toda la diligencia y cuidado que su calidad le confiere y prescribe para evitar el daño respectivo. Su responsabilidad es estricta o sin culpa, pues no se le concede la llamada prueba liberatoria. Su responsabilidad es en garantía de las culpas de sus dependientes.

- b. La víctima sólo debe acreditar la culpa en el dependiente que causó el daño respectivo (culpa in operando). Una vez acreditada esta circunstancia, su personal responsabilidad se "propaga" hacia el empresario inocente. Por ello -en este esquema- es esencial que el agente directo del daño sea capaz de cometer ilícitos civiles pues, en caso contrario, no puede quedar personalmente obligado a indemnizar a la víctima ni obligar, en repercusión o garantía, a su principal.
- c. Bajo esta perspectiva, y según lo determine el legislador respectivo, la responsabilidad del empresario puede ser directa o subsidiaria. En el primer caso, la víctima tendrá una acción directa contra el principal. En el segundo caso, la víctima estará obligada a demandar - primero o, al menos, conjuntamente - al dependiente/agente directo del daño.
- d. El empresario que paga a la víctima la respectiva indemnización puede repetir por el total contra el dependiente culpable, pues éste es el único y verdadero responsable de todo el daño causado a la víctima.

Como se puede apreciar, la responsabilidad vicaria del empresario es un sistema intermedio entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo. Existen claramente dos centros de atribución del daño y dos criterios de imputación diversos: el encargado o dependiente responde por culpa probada y el empresario por garantía o fianza solidaria.

3. La responsabilidad civil del empresario por riesgo de empresa

Se trata, sin duda, de la más moderna explicación respecto del fundamento y extensión de la responsabilidad civil de la empresa y constituye una aplicación a la moderna producción de bienes y servicios, del viejo principio del riesgo creado.

Esta doctrina surge como reacción a las limitaciones y problemas que plantea la doctrina

de la culpa frente al moderno quehacer empresarial, sobre todo respecto de los daños causados con ocasión del ejercicio de actividades industriales en economías altamente desarrolladas y competitivas.

Esta doctrina sostiene que el empresario es el sujeto que, en una economía perfecta, se encuentra siempre en la mejor posición para prevenir los accidentes inevitables y distribuir su costo entre un mayor número de sujetos, ya sea a través del sistema de precios o de los seguros de responsabilidad civil. El empresario, mejor que la víctima inocente, puede siempre pagar el daño, internalizarlo como un costo propio de su actividad y redistribuirlo mediante un alza de los precios de sus bienes y servicios o mediante la toma de un seguro de responsabilidad civil, cuya prima será un costo más de su actividad industrial.

En la práctica jurisprudencial comparada esta doctrina se aplica a los casos en los que el daño es la consecuencia más o menos inevitable de la actividad propia de una determinada empresa, sin que se pueda conocer con exactitud el grado de participación culposa o negligente del factor humano (dependientes) de la misma y en la cual el daño es altamente perjudicial para la salud y la integridad física de las personas/víctimas del accidente.

Para esta doctrina, no todo daño indemnizable es el resultado de un acto personal y culpable que merece una sanción civil, sino que muchos accidentes se visualizan como el resultado estadísticamente calculable de toda la actividad de una empresa proyectada en el mediano y largo plazo. Es decir, el perjuicio a la víctima inocente es causado por un conjunto más o menos anónimo de elementos materiales y personales dentro de una empresa, sin que la participación culpable de un determinado empleado tenga una relevancia jurídica significativa.

En este esquema de solución nuevamente surge un único centro de atribución del deber jurídico de reparar (la empresa) y un único criterio de imputación del daño causado (el riesgo de empresa).

Por otro lado, es necesario aclarar que el criterio del riesgo de empresa no ha sido recogido expresamente por ningún Código Civil moderno. Sin embargo ha tenido cabida en el Derecho comparado, fundamentalmente, a través de dos esquemas diferentes:

- a. En todos aquellos países cuyos códigos civiles - por ejemplo, Francia e Italia - cuentan con normas de Derecho común que recogen expresamente la responsabilidad por el hecho de cosas peligrosas y/o de actividades peligrosas, la doctrina y la jurisprudencia han podido aplicarlas a diversos casos que responden a las necesidades de una responsabilidad por riesgo de empresa.

- b. En cambio, en aquellos países cuyo Derecho de daños (contemplado en el Código Civil) sigue aferrado a los esquemas propios de una responsabilidad por culpa personal, se ha preferido dictar leyes especiales que regulen ciertos daños causados en el desarrollo de actividades específicas o con ocasión de determinadas circunstancias especiales. En estos países, la responsabilidad por riesgo de empresa sólo tiene una cabida parcial y en la aplicación restrictiva de dichas normas especiales. (Así, por ejemplo, en Alemania, con la Ley sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos (1989) y la moderna Ley sobre Daño Ambiental (1991).

Estas leyes especiales reconocen los siguientes elementos comunes: a) la responsabilidad civil recae sobre el "operador", es decir, sobre aquel empresario titular de la actividad con ocasión de la cual se causó el daño; b) la responsabilidad del "operador" es estricta o sin culpa, es decir, el empresario responde por riesgo y no puede acreditar haber tomado todas las medidas necesarias para prevenir y evitar el daño; c) se establece un monto máximo como indemnización para la víctima inocente del daño; d) se establece la obligación para el "operador" - como requisito previo al desarrollo de la respectiva actividad - de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil, que garantice un mínimo como indemnización para la víctima; e) se excluye la reparación del daño moral y del lucro cesante y f) siempre se otorga a la víctima la posibilidad de recurrir al Derecho común de la responsabilidad civil. (aquel contenido en el BGB).

Lo importante de retener de esta doctrina es que la responsabilidad del empresario (operador) es directa y se basa en la titularidad de una organización de bienes y personas que generan daños estadísticamente inevitables en el mediano y largo plazo. Del acto personal y culpable se pasa a la titularidad de una actividad empresarial económicamente organizada.

Cada país ha recogido una de estas teorías para estructurar su sistema de responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y por eso debemos tener especial cuidado al estudiar este tema a la luz del Derecho comparado, pues si no se tiene clara esta teoría general, se puede caer en el error de aplicar una doctrina extranjera incompatible con nuestro ordenamiento jurídico.

Así sucedió, por ejemplo, con Alessandri quien, en muchos aspectos, siguió la doctrina francesa de la época, la que consagra un régimen de responsabilidad vicaria, a diferencia del nuestro que es un régimen de responsabilidad por culpa presunta.

Nuestra doctrina nacional sostiene que el fundamento de la responsabilidad del empresario es la culpa in eligendo vel vigilando del mismo. Es decir, el fundamento de la responsabilidad del empresario en el Código Civil chileno sería la omisión de la diligencia exigible en la selección, vigilancia, control y dirección de sus empleados.

Con ello, la responsabilidad del empresario tiene el mismo fundamento que la responsabilidad de los padres, tutores, jefes de colegio y escuelas y artesanos: la culpa presunta del civilmente responsable. Todo daño causado por un dependiente se debe más a la culpa de su empleador que a la del propio agente directo del mismo.

En plena armonía con este fundamento, el empresario demandado dispone siempre de una clara prueba liberatoria.

Por otra parte nuestra doctrina, tradicionalmente ha señalado que para que el empresario sea civilmente responsable de los daños causados por sus dependientes deben concurrir los siguientes 6 requisitos:

- a. Que el agente directo haya causado un daño a la víctima.
- b. La existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre el agente directo y el empresario demandado.
- c. Ambos sujetos -el principal y el agente directo del daño- deben ser capaces de delito y cuasidelito civil.
- d. Que el dependiente haya cometido un hecho ilícito pues si no hay dolo o culpa en la persona que causó el daño, no puede perseguirse la responsabilidad civil indirecta de la empresa que responde por aquél. Además, se exige que el empresario demandado no haya podido desvirtuar la presunción de culpa establecida en su contra.
- e. Que la víctima pruebe la culpa y la responsabilidad de la persona subordinada.
- f. Que el dependiente haya obrado en el ámbito de la relación o vínculo que lo liga al empresario.

• Problemas de esta teoría (Pedro Zelaya):

a) **Inadecuación histórica:** No se adecua actualmente al sistema de la moderna empresa. Hoy existen nuevos sistemas de control automático de la producción que han disminuido al mínimo la participación humana en el control y en la vigilancia sobre la producción de bienes y servicios en gran escala. En la práctica, se ha producido la despersonalización de la gran empresa contemporánea y la culpa in eligendo vel vigilando ha pasado a ser una total y absoluta

ficción.

b) *Inadecuación práctica:* Por otro lado, con el advenimiento de la revolución industrial, han aparecido nuevas formas de energía y de transporte, nuevos mecanismos de producción y de comercialización, nuevos inventos que, por su especial configuración interna, constituyen cosas en sí peligrosas, que contienen acumulada un alto grado de energía y, con ello, una alta probabilidad de que con su uso se liberen energías fortuitamente y se causen daños a terceros inocentes.

c) *Inadecuación técnica/positiva:*

- En primer término, si el empresario responde por culpa propia, ¿cómo se justifica que el art. 2325 CC le autorice a repetir contra el dependiente por el total de lo pagado a la víctima? Este derecho de repetición por el total es una figura propia de la responsabilidad vicaria o indirecta y no se compadece con un sistema de responsabilidad por culpa presunta. En estricta lógica y de acuerdo al sistema de responsabilidad por culpa propia - el empresario sólo podría repetir contra su dependiente culpable en la cuota o parte que le corresponde en la obligación indemnizatoria y siempre que se haya acreditado su culpa personal
- Por otro lado, si el empresario responde por culpa propia, ¿por qué se exige que el dependiente/agente directo del daño sea capaz de cometer delitos o cuasidelitos civiles y, más aún, que la víctima pruebe dicha culpa? En estricta lógica, debiera bastar con la culpa del empresario y no ser necesaria la culpa del dependiente respectivo.
- Asimismo, este esquema de culpa presunta dificulta enormemente la posibilidad de explicar con claridad y coherencia la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas.
- Por último, otro problema técnico que plantea el esquema de la responsabilidad por culpa presunta - tal cual está consagrado en nuestro Código Civil - es la innecesaria identificación entre el supuesto del art. 2314 (responsabilidad por el hecho propio) y el del 2320 y 2322 CC (responsabilidad por el hecho ajeno/dependiente). En realidad, ambos supuestos constituyen, en el fondo, una responsabilidad por el hecho o culpa propia pues la culpa, aunque se presuma, es siempre propia y personal.

- **Responsabilidad por el hecho de las cosas.**

Puede provenir de la ruina de un edificio, de una cosa que cae, o de los animales (Art. 2323).

a) Responsabilidad por la ruina de un edificio.

- El daño debe ser necesariamente proveniente de un edificio.
- Debe surgir de su ruina.
- El dueño no tiene que haber ejecutado las obras necesarias para prevenir el daño.
- Si hay pluralidad de dueños, la indemnización se debe a prorrata del dominio, lo que importa una excepción al principio de la solidaridad dado por el Art. 2317.

Si el daño se le ha causado a un vecino, sólo puede invocar la responsabilidad en el caso del Art. 932, es decir, si ha notificado la denuncia de obra ruinososa.

Cuando el daño causado por la ruina proviene de un defecto de construcción, aplica la regla tercera del Art. 2003, que se refiere al contrato de arrendamiento para la construcción de una obra material. (2324)

b) Responsabilidad por la cosa que cae

En el segundo caso, hay responsabilidad por la cosa que cae o es arrojada desde la parte superior de un edificio, por ej.: cuando uno va pasando y cae un macetero.

Esta materia está regulada en el Art. 2328, que establece responsabilidad para todas las personas que habiten la misma parte del edificio, con excepción de que pueda probar la parte exacta de donde cayó la cosa. La responsabilidad que señala esta disposición es una responsabilidad simplemente conjunta, que también hace excepción al principio del Art. 2317. Existe acción popular para efectos de evitar los daños de una cosa que amenace ruina o caída.

c) Responsabilidad por el hecho de los animales.

Respecto a la responsabilidad por el hecho de los animales debemos señalar que existen 2 situaciones distintas:

- El daño de un animal que reporta guarda o utilidad para el servicio de un predio. Art. 2326. El dueño de un animal es responsable de los daños que éste causa si se le ha soltado o extraviado, salvo si esto ocurre sin su culpa.

- El daño de un animal que no reporta guarda o cuidado para el servicio de un predio. Art. 2327. Si hay un animal que no reporta utilidad para el servicio o guarda un predio, por ej.: un león, una pantera, el dueño responde en todo caso, aún cuando se tenga al animal en una jaula de fierro y se escapa por caso fortuito. Es un caso de responsabilidad objetiva por provocar el riesgo (Art. 2327).

- **ACCION DE INDEMNIZACION.**

Sabemos que la sanción a la comisión de un delito o cuasidelito es la de reparar el daño causado. En consecuencia, el efecto normal del delito o cuasidelito es la obligación de indemnizar perjuicios. Pero pueden existir otras sanciones para el acto ilícito; como por ejemplo, la revocación de los actos ejecutados por el deudor en perjuicio de sus acreedores (fraude pauliano); la revocación de las donaciones por causa de ingratitud, etc.

- **Sujeto activo de la acción de perjuicios:**

1. Daño en las cosas (Art. 2314). Esta disposición nos lleva a la conclusión de que los daños deben ser reparados a todos los que tengan derecho sobre las cosas. El Art. 2315 establece una lista de quienes pueden pedir indemnización, pero no es taxativa, así por ejemplo un arrendatario también podría pedir indemnización.

2. Daño en las personas. Pueden pedir indemnización la víctima y todos los directamente perjudicados, aún por el daño moral, siempre que esté afectado un derecho de la personalidad. De esta forma si producto de un accidente una persona queda lisiada, su cónyuge o su hijo tendrán acción de perjuicios por el daño moral que este hecho les causa.

3. Existen casos de acción popular

a. El del art. 2328 inc. 2°

b. El del Art. 2333, para el caso de amenaza a personas indeterminadas. Es una situación en la que el CC. protege los denominados intereses difusos, por Ej.: los daños por la contaminación.

- **Sujeto pasivo de la acción:**

Esta acción se dirige: (Art. 2316)

- Contra el autor del daño. Si son varios los autores, se dirige contra todos ellos y son solidariamente responsables (Art. 2317. Los artículos 2323 y 2328 son las excepciones a la solidaridad).
- Contra sus herederos.
- Contra el tercero civilmente responsable.
- Contra las personas que se aprovechan del dolo ajeno, pero sólo hasta concurrencia del provecho (Art. 2316 inc. 2°)

- **Características de la Acción.**

- a. es patrimonial
- b. es prescriptible (Art. 2332).
- c. es solidaria.

- **La prueba del actor o demandante debe recaer sobre:**

- a. La existencia del hecho.
- b. El autor.
- c. La culpa del autor o la subordinación cuando ésta sea exigible.
- d. La existencia del perjuicio.
- e. El monto o extensión del perjuicio.

- **Extensión de la reparación.**

Como sabemos, la reparación dependerá de la magnitud del daño ocasionado. La indemnización debe resarcirlo totalmente. En consecuencia, comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

Recordemos que el elemento nexo causal no sólo constituye un elemento de imputación, sino también una herramienta para la determinación de los daños que deberán ser indemnizados (extensión de la reparación)

Pero la reparación del daño debe reducirse cuando parcialmente se ha producido por culpa de la víctima. Esta situación se contempla en el art. 2330. Constituye una atenuante de

responsabilidad del autor del daño. Existen concausas que confluyen a la producción del daño.

- **Cúmulo de la indemnización**

Consiste en determinar si es posible acumular la indemnización que se deba por el autor del delito con las prestaciones que se deban a la víctima por terceros, en razón del daño que ha sufrido.

Por ej.: ¿Puede la víctima cobrar la indemnización del seguro contratado en caso de daños al vehículo por accidente y la indemnización por el delito?

La objeción que salta a la vista es que la responsabilidad civil no puede constituir jamás una fuente de lucro, y la acumulación importaría un enriquecimiento para la víctima. Además, respecto de la segunda indemnización, tendríamos que concluir que la víctima no ha sufrido daño, puesto que ya fue indemnizada. De esta forma, el perjuicio habrá desaparecido y con ello un elemento esencial de la indemnización.

La cuestión estriba en resolver caso a caso si la indemnización que paga el tercero (no el autor) tiene o no por objeto reparar o resarcir íntegramente el perjuicio.

La ley resuelve expresamente este problema respecto, por ejemplo, de accidentes del trabajo. Conforme a la Ley 16.744 sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales otorga al organismo administrador del seguro derecho de repetir contra el empleador cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de éste. Y en todo caso, la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño pueden reclamar del empleador directamente las demás indemnizaciones conforme al derecho común, como por ejemplo, el daño moral.

Otro caso es el del seguro de daños que contempla el C. De Comercio. El art. 553 obliga al asegurado a ceder al asegurador que pagó los derechos o acciones que por razón del siniestro tenga contra terceros. Es un caso de subrogación legal.

En el caso de seguro de personas (seguro de vida por ejemplo), la indemnización que paga el asegurador no tiene por objeto resarcir el perjuicio sino que el asegurado recibirá el monto total de la suma asegurada, cualquiera que sea la entidad del daño (por ejemplo, invalidez parcial, invalidez total; muerte). En consecuencia, en este caso, la indemnización que paga el asegurador no tiene por objeto reparar el daño, por lo que el cúmulo será admisible.

- **Competencia de los tribunales**

Si el hecho (delito o cuasidelito civil) es además constitutivo de delito penal, la acción civil destinada a la reparación puede impetrarse tanto ante el tribunal del crimen como ante el tribunal civil. La víctima puede elegir; con una sola salvedad: Si la acción tiene únicamente por objeto la restitución de la cosa (por ejemplo, en caso de hurto o robo), la acción debe ejercerse ante el juez del crimen que conoce del proceso penal (Art. 5°)

Pero si el hecho ilícito no es constitutivo de delito penal, sólo le queda el juez civil. Lo mismo, cuando la acción penal se ha extinguido, por ejemplo, por la muerte del autor.

- **Extinción de la acción de perjuicios**

Se extingue de conformidad a las reglas generales de extinción de las obligaciones, particularmente por la renuncia de la acción; por la transacción y por la prescripción:

La renuncia de la acción está expresamente autorizada por la ley en el art. 28 del C.de P.P. Esta renuncia, como es obvio, sólo afecta al renunciante y a sus sucesores pero no a los demás a quienes también corresponda (que incluso pueden ser sus sucesores)

En cuanto a la transacción, el art. 2449 expresamente autoriza transigir la acción civil que nace de un delito.

Finalmente, a acción prescribe en el plazo de 4 años contados desde la comisión del delito o cuasidelito. Art. 2332.